

Noot onder HR 20 september 2005

Citation for published version (APA):

Klip, A. (2006). Noot onder HR 20 september 2005. *Nederlands Juristenblad*, 2006.

Document status and date:

Published: 01/01/2006

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

1. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie heeft in deze zaak de uitlevering van de opgeëiste persoon voor de meeste gevraagde feiten toegestaan, met uitzondering van twee feiten die, aldus het Hof, “naar Nederlands-Antilliaans recht (...) niet de aanhouding en dagvaarding van V. terzake van zijn betrokkenheid bij de bedoelde partij (zou) rechtvaardigen.” Dit vormt een toepassing van artikel 9 lid 3 sub b van het uitleveringsverdrag met de Verenigde Staten van 24 juni 1980. De Nederlandse tekst van die passage luidt: “het bewijsmateriaal dat, volgens het recht van de aangezochte Staat, de aanhouding en dagvaarding van die persoon zou rechtvaardigen indien het feit in die Staat zou zijn gepleegd.” De in het verdrag geformuleerde eis komt uit het Amerikaanse recht. De meeste andere Nederlandse uitleveringsverdragen stellen nauwelijks eisen aan het bewijs van schuld van de opgeëiste persoon en geloven de verzoekende staat op zijn woord dat hij een serieuze zaak tegen de opgeëiste persoon heeft.

2. In wezen gaat het hier om de vraag of het overgelegde bewijsmateriaal de conclusie rechtvaardigt dat er “probable cause” is. Wat dat betekent kan beter uit de Engelse tekst van het verdrag worden afgeleid. Artikel 9 lid 3 sub b luidt daarin: “Such evidence as, according to the law of the Requested State, would justify that person’s arrest, and committal for trial if the offense had been committed there (...)” Dit artikel werd in een rapport voor de Amerikaanse Senaat ten tijde van de Amerikaanse ratificatieprocedure als volgt toegelicht: “Article 9 sets forth procedural requirements for extradition. It, *inter alia*, limits extradition to cases where there is sufficient evidence, under the laws of the Requested State, to bring the person sought to trial had the offense been committed in the Requested State or where the person was convicted by the courts of the Requesting State. These procedures conform to the statutory and constitutional requirements of the Parties as they relate to international extradition. All of our more modern extradition agreements have similar provisions.”¹ Deze formulering is terug te vinden in vrijwel alle verdragen die de Verenigde Staten met andere landen hebben gesloten. Deze “probable cause” eis is echter weer lager dan de “prima facie” eis, zoals deze geldt in Groot-Brittannië.² Deze laatste eis komt er min of meer op neer dat de zaak bewijsbaar moet zijn naar het recht van de aangezochte staat.³

3. Het verdrag dwingt de Nederlandse rechter er derhalve toe een regel toe te passen die hij naar intern recht niet kent (zij is noch in het Nederlands-Antilliaans Uitleveringsbesluit, noch in de Uitleveringswet opgenomen). In de literatuur is om die reden wel aan de orde geweest of Nederland niet eenzijdig zou moeten af zien van het treden in enige vaststelling van de schuld van de opgeëiste persoon. Terecht wordt een dergelijk onderzoek toch verricht omdat de bepalingen uit het verdrag imperatief zijn geformuleerd.⁴ Ondanks de Amerikaanse herkomst wordt de eis naar Nederlands recht ingevuld. De vraag rijst derhalve wat een dergelijke Nederlandse invulling concreet betekent.

4. Het Hof meent dat nu van betrokkenheid van V. zelf aan de telefoongesprekken niet is gebleken er onvoldoende bewijsmateriaal is dat naar Nederlands-Antilliaans recht aanhouding en dagvaarding zou rechtvaardigen (geen probable cause dus). Met de verwijzing naar een

¹ Senate Executive Report No.97-33, Extradition Treaty with the Kingdom of the Netherlands, p.7.

² Zie I.A. Shearer, Extradition in International Law, Manchester University Press 1971, p.150-165.

³ Zie over de betekenis van probable cause in het Amerikaanse uitleveringsverkeer: Michael Abbell and Bruno A. Ristau, International Judicial Assistance, Criminal, Extradition Volume 4, International Law Institute Washington D.C. 1995, p. 223-227; Hearing before the Committee on Foreign Relations United States Senate, one hundred second congress, second session, April 8, 1992, Consular Conventions, Extradition Treaties, and Treaties Relating to Mutual Legal Assistance in Criminal Matters (MLATS), p.51-52.

⁴ Zie A.H.J. Swart, Nederlands Uitleveringsrecht, Deventer 1986, p. 434.

uitgebreid opsporingsonderzoek op de Antillen zelf, waarbij de opgeëiste persoon zelf nooit als verdachte is aangemerkt legt het Hof echter een maatstaf aan de dag die bij de beantwoording van probable cause niet relevant is. Het Hof heeft de facto niet de hypothetische rechtsmachtvraag (wat zou zijn gebeurd als het feit op de Nederlandse Antillen zou zijn gepleegd?) beantwoord maar de feitelijke (wat is er feitelijk op de Nederlandse Antillen gebeurd nu het feit hier is begaan en onderzocht?). In zijn cassatieschriftuur wijst de AG bij het Gemeenschappelijk Hof hierop.⁵

5. De Hoge Raad stelt conform het Nederlands(-Antilliaans) recht dat voor de strafbaarheid van verdachte aan de misdrijven van een criminele organisatie niet is vereist dat de opgeëiste persoon bij alle misdrijven of de voorbereiding ervan betrokken is geweest. Dat lijkt me juist, evenzeer dat het bijgeleverde affidavit voldoende van betrokkenheid bij de organisatie doet blijken.⁶

6. De HR herformuleert de maatstaf van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie: “het bewijsmateriaal dient te worden gevoegd, dat volgens het recht van de aangezochte staat, de aanhouding en dagvaarding van die persoon zou rechtvaardigen indien het feit in die staat is gepleegd.” Hij gebruikt daarentegen een maatstaf die hij wel vaker, doch niet consistent,⁷ ten aanzien van dit verdragsartikel heeft gehanteerd en die afkomstig is uit de rechtspraak op artikel 250 Sv:⁸ “dat het niet hoogst onwaarschijnlijk zou zijn dat, indien de opgeëiste persoon voor een Nederlands-Antilliaanse rechter zou zijn vervolgd, door de voor hem geleverde bewijsvoering de tenlastegelegde feiten geheel of gedeeltelijk bewezen zou achten.”⁹ Het verschil bestaat er in dat de door de HR geformuleerde eis de rechter vraagt reeds na te denken over een hypothetische bewezenverklaring, terwijl het strafproces nog moet worden gevoerd, het bewijs nog onvolledig is en de verdediging nog verweer dient te voeren. De maatstaf van aanhouding en dagvaarding vergt niets meer of minder dan te bezien of de reële verdenking sterk genoeg is om aanhouding en dagvaarding te rechtvaardigen. De maatstaf van de Hoge Raad zegt toch iets over de schuldvraag, gaat meer naar een prima facie-evidence toets en trekt daarmee de procedure naar mijn mening binnen het bereik van “criminal charge” in de zin van artikel 6 EVRM. In de uitleveringsprocedure is dat ongewenst; deze heeft niet het karakter van een voorproces.

7. Deze uitleg van de verdragsbepaling lijkt me niet sporen met de herkomst van de probable cause regel die van toepassing is in de fase van aanhouding van de verdachte. Zij berust op een passage uit de Memorie van Toelichting bij het uitleveringsverdrag met de Verenigde Staten. Deze verwijzing in de Nederlandse wetgeschiedenis naar de bezwaarschriftprocedure is ten onrechte geïnterpreteerd als dat bedoeld zou zijn de normen van de bezwaarschriftprocedure van artikel 250 Sv te hanteren.¹⁰ Afgezien van het feit dat de vergelijking onjuist is, heeft de wetgever slechts een indicatie gegeven van een Nederlandse procedure die er enigszins in de buurt komt: “Termen als prima facie evidence en probable cause zijn moeilijk in Nederlandse begrippen om te zetten. *De meeste gelijkenis* (cursivering AHK) met onderzoek of voldoende bewijs voor “probable cause” aanwezig is, vormt het onderzoek van de rechtbank naar aanleiding van een bezwaarschrift tegen een kennisgeving

⁵ Zie voor een vergelijkbaar probleem met fictieve en feitelijke vragen HR 13 november 2001, LJN AB2882.

⁶ Zie Commentaar op het Wetboek van Strafrecht, Art. 140, aant. 3.

⁷ Zie bijvoorbeeld HR 1 juli 1986, NJ 1987, 218 en HR 2 mei 1989, NJ 1989, 773 waar het “hoogst onwaarschijnlijk”-criterium niet wordt gehanteerd en de HR zich houdt aan de letterlijke tekst van artikel 9 lid 3 sub b van het verdrag.

⁸ Zie Simmelink in Melai, Commentaar op het Wetboek van Strafvordering, Art. 250, aant. 8.

⁹ HR 1 februari 1994, NJ 1994, 266 en HR 19 april 2005, LJN AT41110.

¹⁰ Kamerstukken II, 1981-1982, 17122 (R1193), nr.1, p.7.

van verdere vervolging ex artikel 250 Wetboek van Strafvordering.”¹¹ Het wezenlijke verschil tussen de bezwaarschriftprocedure en de toets van probable cause is immers dat de bezwaarschriftprocedure wordt gehanteerd *nadat* het OM dagvaarding reeds aangewezen achtte. Mocht de bezwaarschriftprocedure ten tijde van de verdragssluiting in Nederland nog enige betekenis hebben, sinds de wetswijziging van 1988 leidt zij een kwijnend bestaan en wordt nauwelijks meer gehanteerd. Bovendien negeert deze rechtspraak dat verdragspartijen bij het sluiten van een nieuw verdrag in 1980, ter aflossing van het oude verdrag van 1880, voor een ander criterium hebben gekozen. In Artikel I van de Overeenkomst tot wederkerige uitlevering van misdadigers tussen Nederland en de Verenigde Staten van Noord-Amerika van 22 mei 1880 (Stb. 1880, 162) was vereist dat “zoodanig bewijs van strafbaarheid zal zijn geleverd overeenkomstig de wetten der plaats, waar de veroordeelde of beklaagde vlugteling zal zijn gevonden, voldoende grond zoude opleveren tot zijn inhechtenisneming en zijne verwijzing naar de openbare teregtzitting, indien de misdaad en het wanbedrijf daar ter plaatse ware gepleegd.” Een zelfde criterium bestaat in artikel XIII van het verdrag met Groot-Brittannië van 26 september 1898 (Stb. 1899, 15). In een conclusie bij HR 3 april 1973, NJ 1974, 407 beschrijft AG Remmelink dat ten tijde van verdragssluiting eind 19^e eeuw een met committal proceedings vergelijkbaar “voorprocesje” in Nederland ook bestond. Deze is echter bij de invoering van het wetboek in 1926 afgeschaft. De thans geldende regeling van de bezwaarschriftprocedure van artikel 250 Sv (alsmede de artikelen 293-298 NASv) vormt dus een afslanking (1988) van de afslanking (1926) van de procedure die ooit aanspraak maakte te gelden als equivalent van de committal proceedings. Het huidige verdrag vereist enkel dat het bewijsmateriaal naar huidig Nederlands(-Antilliaans) recht aanhouding en dagvaarding rechtvaardigt, en vergt niet dat wordt teruggegrepen op reeds lang geleden afgeschafte procedures.

8. Mijn conclusie is derhalve dat het Gemeenschappelijke Hof van Justitie de juiste maatstaf heeft geformuleerd maar haar niet juist heeft toegepast en dat de HR een onjuiste maatstaf goed heeft toegepast.

Volgt u het nog?

Prof. Mr A.H. Klip
Universiteit Maastricht

¹¹ Idem.

Uitspraak

20 september 2005

Strafkamer

nr. 00850/05 UA

PB/IV

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

op het beroep in cassatie tegen een einduitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlanden en Aruba van 9 december 2004, nummer H.A.R. 118/2004, op een verzoek van de Verenigde Staten van Amerika om uitlevering van:

[de opgeëiste persoon], geboren te Colombia op [geboortedatum] 1942, thans gedetineerd op Curaçao.

1. De bestreden uitspraak

Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie heeft toelaatbaar verklaard de gevraagde uitlevering van de opgeëiste persoon tot strafvervolgung ter zake van de feiten in het aan de bestreden uitspraak gehechte "Indictment" vermeld onder "Count 2", met uitzondering van hetgeen daarin telkens onder "Overt Acts" sub a en b is opgenomen.

2. Geding in cassatie

De beroepen zijn ingesteld door de opgeëiste persoon en de Procureur-Generaal.

Namens de opgeëiste persoon heeft mr. D. Moszkowicz, advocaat te Maastricht, bij schriftuur middelen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Procureur-Generaal heeft bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal Machielse heeft geconcludeerd tot vernietiging van de bestreden uitspraak en tot terugzending van de zaak naar het Hof, teneinde op het bestaande uitleveringsverzoek opnieuw te worden afgedaan.

3. Beoordeling van het middel van de Procureur-Generaal

3.1. Het middel komt op tegen de ontoelaatbaarverklaring van de uitlevering ter zake van hetgeen is vermeld onder "Count 2". De uiteenzetting van de feiten vervat in het Indictment no. S1 04 Cr. 363 (JGK) van het United States District Court for the District of New York, onder Count 1 en 2 telkens onder a. en b.

3.2. De bestreden uitspraak houdt, voorzover voor de beoordeling van het middel van belang, het volgende in: "Aan de orde is thans uitsluitend nog de vraag of de uitlevering ook toelaatbaar is voor hetgeen achter "Count 2" telkens in de

"Overt Acts" onder a en b is vermeld. Het gaat daarbij om de betrokkenheid van [de opgeëiste persoon] bij het opbrengen in oktober 2003 van een partij van circa 2345 kilogram verdovende middelen. In de, als bijlage bij de uitspraak van november 2004 van het

US Department of Justice, gevoegde verklaring van Neil M. Barofsky, wordt, naar aanleiding van het verzoek van de daartoe van 20 oktober j.l., nader uiteengezet op welk bewijsmateriaal de Amerikaanse autoriteiten de verdere betrokkenheid van [de opgeëiste persoon] bij deze partij baseren. Het gaat daarbij uitsluitend om "circumstances" te weten de wijze waarop een aantal verpakkingen in bedoelde partij waren gemerkt, het feit dat een persoon met de inbeslagname van de partij werd gearresteerd op diezelfde dag gebeld heeft met verschillende personen uit "de

van [de opgeëiste persoon]" en dat één van laatstgenoemde personen een nummer heeft gebeld dat in verband gebracht met [de opgeëiste persoon] zelf. Verklaringen of afgeluisterde telefoongeprekken waaruit de betrokken opgeëiste persoon bij deze partij kan blijken, zijn er blijkbaar niet. Geoordeeld moet worden dat, zeker wanneer op 20 oktober 2004 al is overwogen - in aanmerking wordt genomen dat in het uitgebreide onderzoek van de Antilliaanse politie en justitie naar deze partij verdovende middelen [de opgeëiste persoon] nooit als verdacht is aangemerkt, het door de Verenigde Staten gepresenteerde bewijsmateriaal ontoereikend is. Naar Nederlands recht zou dit niet de aanhouding en dagvaarding van [de opgeëiste persoon] terzake van zijn betrokkenheid bij deze partij rechtvaardigen. Met betrekking tot de feiten, vermeld achter "Count 1" en "Count 2" in de "Overt Acts", voldoet het bewijsmateriaal derhalve niet aan de vereisten van het Uitleveringsverdrag. Voor deze feiten luidt dan ook dat de uitlevering niet toelaatbaar is."

3.3.1. Het eerdergenoemde Indictment, dat aan deze uitspraak is gehecht, houdt, kort samengevat, in dat de opgeëiste persoon zich in de periode van 2003 tot en met 15 maart 2004 samen met vijf bij naam genoemde personen erin schuldig heeft gemaakt aan "conspiracy" met als doel (Count 1) het verwerken en distribueren van cocaïne met het oogmerk in de wetenschap dat deze cocaïne onrechtmatig zou worden geïmporteerd in de Verenigde Staten van Amerika en (Count 2) het distribueren van cocaïne en het bezitten van cocaïne met het oogmerk om die cocaïne te distribueren. In het Indictment zijn vervolgens de structuur en werkwijze van de organisatie omschreven en is ten slotte een opsomming van de "Overt Acts" meer precies omschreven welke gedragingen de diverse leden van de organisatie hebben verricht met betrekking tot onder meer een aantal concrete partijen drugs. Voorzover voor de beoordeling van het middel van belang, houdt deze omschrijving zowel onder Count 1 als onder Count 2 het volgende in:

"a. On or about October 13, 2003, a co-conspirator not named herein ("CC-1") sent approximately 2345 kilograms of cocaine, approximately 15 kilograms of heroin and approximately 15 kilograms of methamphetamine from Vieuwma, Curacao.

b. On or about October 13, 2003, in Curacao, a co-conspirator not named herein ("CC-2") used his position as a police officer to provide security for the delivery of the approximately 2345 kilograms of cocaine, approximately 15 kilograms of heroin and approximately 15 kilograms of methamphetamine referenced above."

3.3.2. Bij het uitleveringsverzoek is overeenkomstig art. 9, derde lid onder b, van het Uitleveringsverdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika van 24 juni 1980 (Trb. 1980, 111) (hierna: "Uitleveringsverdrag") het bewijsmateriaal gevoegd, zoals weergegeven in het Affidavit van 26 mei 2004, zoals afgelegd door U.S. District Court Southern District of New York Enforcement Special Agent William J. Kivlehan tegenover de U.S. Magistrate Judge in het Southern District of New York. Voorafgaand aan de hiervoor onder 3.2 weergegeven beslissing in de einduitspraak heeft het Hof in een tussenbeschikking van 20 oktober 2004 de verzoekende Staat in de gelegenheid gesteld aanvullend bewijsmateriaal over te leggen met betrekking tot hetgeen in de Overt Acts onder a. en b. is vermeld. In reactie daarop heeft de verzoekende Staat bij brief van 20 oktober 2004 aan de Procureur-Generaal een verklaring doen toekomen van Neil M. Barofsky, werkzaam bij het U.S. Department of Justice, United States Attorney's Office, Southern District of New York. Deze verklaring houdt, voorzover voor de beoordeling van het middel van belang, het volgende in:

"5. In the instant matter, United States v. [de opgeëiste persoon], et al, I have become familiar with the facts of the case through written materials received from the cognizant United States Drug Enforcement Administration Special Agent William J. Kivlehan, as well as from conversations with the agent regarding the facts and circumstances of the case. 6. Based on all of the facts and circumstances, I can attest that at trial, the Government will present sufficient evidence to establish the defendants to the October 20, 2003 seizure of cocaine in Curaçao. Specifically, some of the evidence the Government will offer regarding the seizure will include:

a. Individual kilograms of cocaine were bundled and placed in large bags. Seven of the bags were marked with the letter "M." This signified that these bags were destined for [de opgeëiste persoon], the defendant, whose nickname is "[naam 1]." Inside these bags, the kilograms were marked with "[naam 4]," the nickname of [betrokkene 4], the defendant, who is the son of [de opgeëiste persoon], the defendant.

b. The kilograms of cocaine that were seized during the October 20, 2003 seizure bore imprints of certain images of camels and other insignia. On or about March 3, 2004, [de opgeëiste persoon] and [betrokkene 1], the defendant, had a telephone communication where they discussed the storage and distribution of approximately 238 kilograms of cocaine.

of their discussion made reference to "camels." After the arrest of [betrokkene 1] on March 15, 2004, law enforcement agents seized a list that corresponded to the intercepted telephone conversation which included references to cocaine. [betrokkene 1] has been informed that when cocaine is prepared in Colombia by a certain manufacturer, that manufacturer will brand the cocaine by putting an imprint on the kilogram. This evidence shows that the source of supply for the [...] Organization in March 2004 was the same source of supply that supplied the kilograms of cocaine that were seized on October 1, 2004. Under United States law, these manufacturers of cocaine are coconspirators of the defendants.

3.4. In zijn hiervoor onder 3.2 weergegeven overwegingen heeft het Hof als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat het niet aan de Staat is om te bewijzen dat de persoon die wordt gezocht met het oog op vervolging, het bewijsmateriaal dient te worden gevoegd dat recht van de aangezochte Staat, de aanhouding en dagvaarding van die persoon zou rechtvaardigen indien het Staat zou zijn gepleegd.

3.6. De feiten waarop het uitleveringsverzoek betrekking heeft, leveren naar het recht van de Nederlandse Antillen (meer) op deelneming aan een vereniging die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven, zoals strafbaar is g

146 SrNA.

3.8. Gelet op het voorgaande en in aanmerking genomen hetgeen hiervoor onder 3.5 is vooropgesteld, is onjuist van het Hof dat de uitlevering ter zake van hetgeen in het hiervoor bedoelde Indictment is vermeld onder Count 1 van de Acts onder a. en b. niet toelaatbaar is aangezien niet is voldaan aan de door art. 9, derde lid onder b, van het Verdrag gestelde eis. Het door de verzoekende Staat bij het verzoek tot uitlevering gevoegde bewijsmateriaal, zoals hiërboven 3.3.1 samengevat alsmede hetgeen onder 3.3.2. is weergegeven, kan bezwaarlijk tot een andere gevolgtrekking leiden. Het is dat, indien de opgeëiste persoon voor een Nederlands-Antilliaanse rechter zou zijn vervolgd, het niet hoogst

onwaarschijnlijk zou zijn dat deze, later oordelend, door de voor hem geleverde bewijsvoering de tenlastegelegde geheel of gedeeltelijk bewezen zou achten, ook voor wat betreft genoemde Counts.

3.9. Het middel is dus terecht voorgesteld. Dat brengt mee dat de bestreden uitspraak voorzover daarbij de geleverde uitlevering ontoelaatbaar is verklaard niet in stand kan blijven. De Hoge Raad zal in zoverre doen wat het Hof te doen.

4. Beoordeling van de namens de opgeëiste persoon voorgestelde middelen

De middelen kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de middelen nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5. Slotsom

Nu de Hoge Raad geen grond aanwezig oordeelt waarop de bestreden uitspraak ambtshalve zou behoren te worden vernietigd, brengt hetgeen hiervoor is overwogen mee dat als volgt moet worden beslist. Daarbij heeft de Hoge Raad aanmerking genomen dat er in cassatie niet over is geklaagd dat de bestreden einduitspraak mede is gewezen op de rechter die niet heeft meegewerkt aan de tussenbeslissing waarop de einduitspraak voortbouwt, en dat deze het onderhavige geval - betreffende een uitleveringszaak - gelet op de wijze waarop het onderhavige uitleveringsverzoek behandeld en hetgeen in dat kader door en namens de opgeëiste persoon naar voren is gebracht, niet noopt tot de gebruikmaking van de bevoegdheid de bestreden einduitspraak ambtshalve te vernietigen.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

Vernietigt de bestreden uitspraak, maar uitsluitend wat betreft de beslissing ten aanzien van de ontoelaatbaarheid van de uitlevering voorzover betreffende hetgeen is vermeld in het Indictment onder Count 1, Overt Acts a. en b. en Overt Acts a. en b.;

Verklaart de uitlevering mede toelaatbaar voorzover betreffende hetgeen is vermeld in het aan deze uitspraak voorafgaande Indictment onder Count 1, Overt Acts a. en b. en Count 2, Overt Acts a. en b.;

Verwerpt het beroep van de opgeëiste persoon.

Dit arrest is gewezen door de vice-president C.J.G. Bleichrodt als voorzitter, en de raadsheren J.P. Balkema, J. Dorst en J. de Hullu, H.A.G. Splinter-van Kan, in bijzijn van de griffier S.P. Bakker, en uitgesproken op 20 september 2005.

Conclusie

Nr. 00850/05 UA

Mr Machielse

Zitting 28 juni 2005 (bij vervroeging)

Conclusie inzake:

[de opgeëiste persoon](1)

1. Het Gemeenschappelijk Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba heeft de uitlevering ter vervolging van de opgeëiste persoon aan de Verenigde Staten deels toelaatbaar en deels ontoelaatbaar verklaard.

2. Mr E.F. Sulvaran, advocaat te Curaçao, heeft voor de opgeëiste persoon cassatie ingesteld. Mr D. Moszkowicz, advocaat te Maastricht, heeft een schriftuur ingezonden houdende twee middelen van cassatie. Ook de fungerend Procureur-Generaal heeft cassatie ingesteld en een schriftuur ingezonden.

3.1. Alvorens de schrifturen te bespreken wijs ik erop dat het Gemeenschappelijk Hof zijn beslissingen over de zaak heeft verdeeld, te weten de tussenbeslissing van 20 oktober 2004 en het advies van 9 december 2004. In de tussenbeslissing heeft het Hof alle verweren besproken, heeft het alle vaststellingen gedaan die nodig zijn om te kunnen beslissen over de toelaatbaarheid van de uitlevering, zoals die aangaande de identiteit van de opgeëiste persoon, de genoegzaamheid van de stukken, de dubbele strafbaarheid en kwalificatie van de feiten en de rechtsmacht van de VS, en is het tot de voorlopige conclusie gekomen dat de uitlevering met betrekking tot alle feiten, behalve de feiten onder a en b in Count 1 van het arrest onder de "Overt Acts" vermeld, toelaatbaar is. Met betrekking tot de uitgezonderde feiten heeft het Hof in zijn tussenbeslissing de VS in de gelegenheid gesteld om aanvullend bewijsmateriaal over te leggen. Vervolgens heeft het Hof de behandeling van de zaak aangehouden tot 25 november 2004. De tussenbeslissing houdt geen advies aan de VS af. In. Op 25 november 2004 heeft het Hof de behandeling in een gewijzigde samenstelling voortgezet. Op 9 december 2004 heeft het Hof in gewijzigde samenstelling uitspraak gedaan in de vorm van een advies. In het advies deelt het Hof uit dat het blijven bij hetgeen in de tussenbeslissing van 20 oktober 2004 reeds is overwogen en beslist. Het dictum herhaalt het advies als voorlopige conclusie is gepresenteerd en concludeert dat de uitlevering aan de VS niet toelaatbaar is voor de uitgezonderde feiten, maar toelaatbaar is voor de overige feiten. De tussenbeslissing bevat wel een voorlopige tussenbeslissing dat de uitlevering toelaatbaar is voorafgaande vaststellingen, maar niet het advies, het uiteindelijke dictum. Het wel de beslissingen over de toelaatbaarverklaring, maar weer niet de noodzakelijke vaststellingen. Het advies is gebaseerd door rechters die niet allen verantwoordelijk zijn voor de tussenbeslissing en die niet allen de verhoren van de opgeëiste persoon hebben meegemaakt.

3.2. De samenstelling die op 9 december 2004 uitspraak heeft gedaan mocht m.i. niet voortbouwen op de tussenbeslissing van 20 oktober 2004, omdat die tussenbeslissing door een anders samengesteld Hof is genomen. Voorzover men aanneemt dat het Hof op 9 december 2004 opnieuw, maar nu impliciet heeft beslist dat aan alle voorwaarden voor uitlevering is voldaan door aan te geven dat het Hof 'blijft bij hetgeen in de tussenbeslissing van 20 oktober 2004 reeds is overwogen en beslist' wijs ik er op dat het proces-verbaal van het onderzoek van 25 november 2004 inhoudt dat de voorzitter van het Hof bij tussenbeslissing van 20 oktober de behandeling van het uitleveringsverzoek is heropend 'en heden wordt de zaak in de wijziging in samenstelling heeft het Hof kennelijk geen aanleiding gegeven het gehele verhoor, waarop het advies is gebaseerd, over te doen.

3.3. Het beginsel dat slechts rechters die aan het onderzoek, waarop een beslissing is gebaseerd, hebben deelgenomen aan de beslissing mogen geven is een beginsel van behoorlijke procesorde dat niet enkel voor de behandeling van een verzoek geldt. In 1974 overwoog de Hoge Raad in een uitleveringszaak:

"dat krachtens de Uitleveringswet de Rb. alvorens een beslissing te geven omtrent de toelaatbaarheid van een uitlevering, ter terechtzitting onderzoek moet doen en daarbij de opgeëiste persoon moet verhoren; dat de eisen van een behoorlijke procesvoering medebrengen dat alleen rechters, die aan het gehele onderzoek hebben deelgenomen, ter terechtzitting hebben deelgenomen, aan de beslissing medewerken;"(2)

Ik meen dat deze overweging ook geldt voor de procedure op de voet van art. 14 Uitleveringsbesluit NA.(3) De beslissing van het Hof zal daarom naar mijn mening niet in stand kunnen blijven.

4. Bij de bespreking van de voorgestelde cassatiemiddelen zal ik er veronderstellenderwijs van uitgaan dat alle middelen verdeeld is over tussenbeslissing en advies in één advies is opgenomen.

5.1. De klacht van de Procureur-Generaal richt zich tegen de ontoelaatbaarverklaring voor de feiten die in het arrest onder Count 1 en Count 2 telkens als Overt Acts sub a en b zijn opgenomen. De ontoelaatbaarverklaring is als volgt gemotiveerd:

"3.2. Aan de orde is thans uitsluitend nog de vraag of de uitlevering ook toelaatbaar is voor hetgeen achter "Count 2" telkens in de "Overt Acts" onder a en b is vermeld. Het gaat daarbij om de betrokkenheid van [de opgeëiste persoon] bij het aan land brengen in oktober 2003 van een partij van circa 2345 kilogram verdovende middelen. Volgens de bijlage bij de brief van 2 november 2004 van het US Department of Justice, gevoegde verklaring van Neil M. [de opgeëiste persoon] wordt, naar aanleiding van het verzoek van het Hof daartoe van 20 oktober j.l., nader uiteengezet op welk bevel van de Amerikaanse autoriteiten de verdenking van de betrokkenheid van [de opgeëiste persoon] bij deze partij beruht. Het gaat daarbij uitsluitend om "circumstantial evidence", te weten de wijze waarop een aantal verpakkingen in bedoelede verpakkingen waren gemerkt, het feit dat een persoon die bij de inbeslagname van de partij werd gearresteerd op diezelfde verpakking heeft met verschillende personen uit "de organisatie van [de opgeëiste persoon]" en dat één van laatstgenoemde personen een nummer heeft gebeld dat in verband kan worden gebracht met [de opgeëiste persoon] zelf. Verklaringen omtrent de telefoongepreken waaruit de betrokkenheid van [de opgeëiste persoon] bij deze partij kan blijken, zijn er blijven. Geoordeeld moet worden dat, zeker wanneer - zoals ook op 20 oktober 2004 al is overwogen - in aanmerking wordt genomen dat in het uitgebreide onderzoek van de Nederlands-Antilliaanse politie en justitie naar deze partij van de verdovende middelen [de opgeëiste persoon] nooit als verdachte is aangemerkt, het door de Verenigde Staten gepresenteerde bewijsmateriaal ontoereikend is. Naar Nederlands-Antilliaans recht zou dit niet de aanhouding en dagvaarding van [de opgeëiste persoon] terzake van zijn betrokkenheid bij bedoelde partij rechtvaardigen. Met betrekking tot de feiten achter "Count 1" en "Count 2" in de "Overt Acts" onder a en b, voldoet het bewijsmateriaal derhalve niet aan de eisen van het Uitleveringsverdrag. Voor deze feiten luidt de conclusie dan ook dat de uitlevering niet toelaatbaar is. De steller van het middel wijst erop dat de maatstaf, voorzien in artikel 9 lid 3 onder b van het Verdrag, vergeleken met de toets van het bezwaarschrift tegen de kennisgeving verdere vervolging. De rechter die over een zodanig bevel heeft te oordelen dient voorzover te dezen van belang slechts na te gaan of het hoogst onwaarschijnlijk is dat de rechter later oordelend nadat de zaak op de openbare terechtzitting is onderzocht, door de voor hem geleverde bewijsovereenkomst telastgelegde geheel of ten dele bewezen zal achten.(4) Het middel wijst er vervolgens op dat de opgeëiste persoon beschuldigd van 'conspiracy to distribute cocaine with the intent to import' en van 'conspiracy to distribute cocaine'. De beschuldigingen zijn uitgewerkt in de beschrijvingen van de 'overt acts'. Vervolgens geeft de steller aan welke aanvullende informatie die uit de Verenigde Staten afkomstig is de beschuldigingen jegens de opgeëiste persoon nader ondersteunen. Dat de opgeëiste persoon in een Antilliaans opsporingsonderzoek niet als verdachte kon worden aangemerkt neemt volgens de steller van het middel niet weg dat zulks anders zou zijn geweest als de Antilliaanse autoriteiten de beschikking zouden hebben gehad over de informatie die het uitleveringsverzoek vergezeld was van. De nagezonden. Aanhouding en dagvaarding zouden op grond van dit materiaal gerechtvaardigd zijn geweest. De Procureur-generaal komt er, kort gezegd, op neer dat het Hof een verkeerde maatstaf heeft gebruikt althans de maatstaf op onbegrijpelijke wijze heeft toegepast.

5.2. Ingevolge artikel 22 van het op 24 juni 1980 tussen Nederland en de Verenigde Staten gesloten uitleveringsverdrag (verder te noemen het Verdrag, Trb. 1980, 111) is het Verdrag ook van toepassing op de Nederlandse Antillen. Artikel 3 onder b van het Verdrag houdt in dat bij een verzoek tot uitlevering met het oog op vervolging dient te worden overzagen het bewijsmateriaal dat, volgens het recht van de aangezochte Staat, de aanhouding en dagvaarding van die persoon rechtvaardigen indien het feit in die Staat zou zijn gepleegd, met inbegrip van bewijsmateriaal waaruit blijkt dat de wiens uitlevering wordt verzocht degene is op wie een bevel tot aanhouding betrekking heeft. Als de bij de toepassing van deze bepaling te hanteren maatstaf heeft volgens de Hoge Raad te gelden of, indien de opgeëiste persoon voor een Nederlandse rechter zou zijn vervolgd, het niet hoogst onwaarschijnlijk zou zijn dat de rechter oordelend, door de voor hem geleverde bewijsovereenkomst de ten laste gelegde feiten geheel of gedeeltelijk bewezen zal achten.(5)

5.3. Het Hof heeft geoordeeld dat het aangeleverde bewijsmateriaal niet de aanhouding en dagvaarding van de opgeëiste persoon naar Antilliaans recht zou rechtvaardigen. Mijns inziens is het oordeel van het Hof ontoereikend gemiddeld wel op grond van het volgende.

In zijn tussenbeslissing heeft het Hof de feiten waarvoor uitlevering wordt verzocht gekwalificeerd als 'deelname aan een vereniging die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven', strafbaar gesteld in art. 146 SrNA. De misdrijven

oogmerk van de vereniging was gericht zijn strafbaar gesteld in de Opiumlandsverordening. Het 'Nederlands' van art. 146 SrNA is art. 140 Sr. Het lijkt mij niet te boud om te veronderstellen dat de inhoud van art. 146 SrNA worden uitgelegd conform de uitleg van de inhoud van art. 140 Sr. Volgens de Hoge Raad brengt redelijke wijsheid dat voor deelneming in de zin van evengenoemd artikel voldoende is dat de betrokkene in zijn algemeenheid (dat wil zeggen van onvoorwaardelijk opzet) dat de organisatie/vereniging tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven. De betrokkene hoeft dus geen wetenschap te hebben van één of verscheidene concrete misdrijven die door de organisatie worden gepleegd. De opgeëiste persoon hoefde dus evenmin wetenschap te hebben van de afzonderlijke misdrijven die als 'overt acts' worden bedoeld. Het 'indictment' telkens zijn opgenomen, waaronder de als a en b aangeduide 'overt acts'. Van 'deelnemen' aan een organisatie/vereniging is reeds sprake als de betrokkene behoort tot het samenwerkingsverband en een aandeel heeft in het wel ondersteunt, gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het oogmerk. (6) Niet nodig is dus - zoals het Hof klaarblijkelijk wel verlangt - dat de opgeëiste persoon wetenschap had van het oogmerk. Het was bij het aan land brengen in oktober 2003 van een partij van circa 2345 kilo cocaïne. Het gaat er niet om of de VS aangeleverde bewijsmateriaal de betrokkenheid van de opgeëiste persoon bij deze partij cocaïne aantoonde. Het bewijsmateriaal voldoende aanwijzingen bevat voor de stelling dat de opgeëiste persoon in die partij deelnam aan het oogmerk van de organisatie/vereniging die het oogmerk had op de als afzonderlijke misdrijven genoemde 'overt acts', dat het niet onwaarschijnlijk zou zijn dat de Nederlands-Antilliaanse strafrechter, later oordelend, door de voor hem geleerde bewijsvoering de ten laste gelegde feiten, i.c. de misdrijven van art. 146 NASr, geheel of gedeeltelijk bewezen achtte. Het Hof heeft hetzij de maatstaf van art. 9 lid 3 onder b van het Verdrag onjuist uitgelegd door strengere eisen te stellen dan de Hoge Raad doet, hetzij zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd door voor art. 146 SrNA betrokkenheid bij het plegen van afzonderlijke misdrijven te verlangen. Het middel is naar mijn mening gegrond.

6.1. Het eerste namens de opgeëiste persoon voorgestelde middel betreft de uitleg van artikel 2 lid 3 van het Verdrag. Het Hof heeft de verweren over de rechtsmacht van de VS als volgt in zijn tussenbeslissing verworpen:

8. Rechtsmacht

"8.1. Uit de, in reactie op het tussenvonnis van het Hof van 17 september 2004, door de verzoekende Staat overgelegde stukken, volgt dat de verzoekende Staat zich op het standpunt stelt dat de feiten binnen zijn grondgebied zijn gepleegd, wel dat zijn jurisdictie volgt uit het feit dat het de bedoeling was de cocaïne binnen zijn grondgebied te brengen.

8.2. Het Hof overweegt dat, indien veronderstellenderwijze sprake zou zijn geweest van het buiten het grondgebied van de Nederlandse Antillen deelnemen aan een organisatie die tot oogmerk zou hebben gehad het opzettelijk binnen het grondgebied van de Nederlandse Antillen brengen van cocaïne, de Nederlandse Antillen rechtsmacht zouden hebben. Immers in dat geval zou de organisatie zijn gericht op het in de Nederlandse Antillen verwezenlijken van het oogmerk van de organisatie. Overigens zou in een dergelijk geval ook op grond van artikel 2 derde lid onder a in verband met de vierde lid onder a van het Uitleveringsverdrag en het hierna onder 8.3 aan te duiden artikel 14 lid 3 onder a van de Opiumlandsverordening 1960 (Olv) de uitlevering voor die feiten kunnen worden toegestaan.

8.3. Ook indien uitgegaan wordt van de hiervoor in r.o. 6 onder B gegeven kwalificatie (het medeplegen van misdrijven) en voorbereidingshandelingen als bedoeld in artikel 11a Olv zou er eveneens veronderstellenderwijze sprake zijn van rechtsmacht van de Nederlandse Antillen. Immers, op grond van artikel 14 lid 3 onder a Olv hebben de Nederlandse Antillen rechtsmacht met betrekking tot een ieder die zich buiten de Nederlandse Antillen schuldig maakt aan het plegen van artikel 11a Olv strafbaar gestelde feiten voor zover die zijn bedoeld om opzettelijk handelen in strijd met artikel 11a Olv voor te bereiden of te bevorderen.

8.4. Voor zover de feiten waarvoor uitlevering wordt verzocht niet binnen het grondgebied van de verzoekende Staat zijn gepleegd, geldt derhalve dat de rechter in de Nederlandse Antillen in gelijksoortige omstandigheden bevoegd is geweest daarover rechtsmacht uit te oefenen."

Vervolgens heeft het Hof nog het volgende overwogen:

"9.2. (ad a) Het Hof overweegt dat de vraag naar de rechtsmacht dient te worden beantwoord aan de hand van waarvoor de uitlevering wordt verzocht. De verzoekende Staat heeft op verzoek van het Hof nog toegelicht waarom de rechtsmacht terzake op baseert. De stukken zijn voor het Hof toereikend om te kunnen oordelen dat voldaan is aan de vereiste in artikel 2 lid 3 van het Uitleveringsverdrag - zoals het hiervoor onder 8 ook heeft gedaan - en voldaan aan de vereisten van het verdrag. De door de raadsman op dit punt opgeworpen vragen komen er op neer dat [de opgeëiste persoon] om cocaïne in de Verenigde Staten te importeren in twijfel trekt. Dit zijn echter vragen die bij de beoordeling van de rechtsmacht aan de orde komen (die wordt immers beoordeeld aan de hand van de door de verzoekende Staat gepresenteerde feiten), doch bij de beoordeling of het gepresenteerde bewijsmateriaal de aangevoerde dagvaarding van de opgeëiste persoon zou rechtvaardigen."

De steller van het middel betoogt dat voor de toetsing aan artikel 2 lid 3 onder a van het Verdrag gekeken moet worden naar het gepresenteerde bewijsmateriaal en niet naar de feiten zoals die zijn beschreven in het uitleveringsverzoek.

6.2. Het Hof is er kennelijk, gelet op hetgeen onder 8 is overwogen, primair van uitgegaan dat de feiten waarvoor de uitlevering wordt verzocht zich hebben afgespeeld binnen het grondgebied van de VS. Dat de feiten waarvoor de uitlevering wordt verzocht zich buiten dat grondgebied zouden hebben afgespeeld is voor het Hof enkel een veronderstelde mogelijkheid geweest. Daarom doet zich de situatie waarop artikel 2 lid 3 onder a van het Verdrag ziet hier niet voor. Maar ook als ervan uitgegaan zou moeten worden dat de feiten waarvoor de uitlevering wordt verzocht buiten het grondgebied van de VS zouden zijn gepleegd zou nog de omschrijving in het uitleveringsverzoek doorslaggevend. Het meegeleverde bewijsmateriaal hoeft alleen de aanhouding en dagvaarding van die personen te rechtvaardigen. Het verder geen rol bij de omschrijving van de feiten waarvoor uitlevering wordt gevraagd. In de rechtspraak van de Raad van State is ook telkens sprake van de feiten 'waarvoor uitlevering wordt verzocht' en niet van de 'feiten die de opgeëiste persoon vermoedelijk heeft begaan'.⁽⁸⁾ Ook de nationale strafvordering maakt een vergelijkbaar onderscheid. De tenaamstelling van de zaak bakt het veld van onderzoek af en vormt de grondslag onder meer voor de toetsing of Nederland rechtsmacht heeft over het bewijsmateriaal moet uitsluitend geven of verdachte het telastgelegde al dan niet heeft begaan. Het middel faalt.

7.1. Het tweede middel klaagt over de toelaatbaarverklaring van uitlevering voor de feiten als in de tussenbeslissing van 10 oktober 2003 omschreven. Gelet op de inhoud van gevoerde verweren betoogt het middel dat ook een andere verklaring kan worden gegeven aan de inhoud van verklaringen en afgeluisterde telefoongesprekken die als bewijsmateriaal aan de Verenigde Staten zijn aangeleverd.

Het Hof heeft een verweer van die strekking met de volgende motivering verworpen:

"9.3. (ad b en c) De raadsman stelt dat het door de verzoekende Staat gepresenteerde bewijsmateriaal op deze feiten toereikend is om, volgens het recht van de Nederlandse Antillen, aanhouding en dagvaarding van de opgeëiste persoon te rechtvaardigen. Het Hof overweegt dat hetgeen in de "affidavit" van William Kiehlahan en in de "declaration of probable cause" van Barofsky" is opgenomen toereikend is om naar Nederlands-Antilliaans recht de aanhouding en dagvaarding van de opgeëiste persoon te rechtvaardigen. Uit genoemde stukken blijkt immers onder meer dat [de opgeëiste persoon] op Curaçao is aangehouden in het bezit van een grote hoeveelheid cocaïne, dat er afgeluisterde telefoongesprekken zijn waaruit blijkt dat [de opgeëiste persoon] met anderen spreekt over de ontvangst en distributie van cocaïne en over het sturen van verpakkingen naar de Verenigde Staten en dat er een tweetal getuigen is die kan verklaren dat de organisatie van [de opgeëiste persoon] aanzienlijke hoeveelheden cocaïne in Puerto Rico en St. Thomas (beiden behorend tot het grondgebied van de Verenigde Staten) invoerde. Reeds gelet op dit bewijsmateriaal kan niet gezegd worden dat het hoogst onwaarschijnlijk is dat de Nederlands-Antilliaanse rechter in een vergelijkbaar aan hem voorgelegd geval tot een bewezenverklaring zou komen.

9.4. (ad d) De raadsman stelt dat het door de verzoekende staat gepresenteerde bewijsmateriaal in ieder geval voldoende is om aan te nemen dat de opgeëiste persoon aan de vereisten van artikel 9 lid 3 onder a van het Verdrag voldoet. Het middel stelt dat van een aantal in het verzoek genoemde concrete partijen cocaïne niet aan de vereisten van artikel 9 lid 3 onder a van het Verdrag is voldaan.

7.2. Het Hof heeft het juiste criterium toegepast. De mogelijkheden die de advocaat in feitelijke aanleg heeft, om de inhoud van het aangeleverde bewijsmateriaal op een andere, niet belastende manier uit te leggen, sluiten niet hoogst onwaarschijnlijk is dat de Antilliaanse rechter, geroepen om over de feiten oordelen, tot een veroordeelen komen, zoals het Hof heeft geoordeeld. Dat oordeel acht ik niet onbegrijpelijk.

Het middel faalt.

9. Nu een verdere afdoening van de zaak naar mijn mening niet mogelijk is zonder in een beoordeling van de strekt deze conclusie ertoe dat de uitspraak van het Hof wordt vernietigd en dat de zaak wordt teruggewezen naar het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba teneinde op het bestaande uitleven opnieuw te worden afgedaan.

1 Deze zaak hangt samen met de zaken nrs. 00851/05/UA ([betrokkene 5]), 00852/05/UA ([betrokkene 4]), 0 ([betrokkene 1]) en 00854/05/UA ([betrokkene 3]), waarin ik heden ook conclusie neem.

2 HR NJ 1974, 482. Zie voor beschikkingen HR NJ 1986, 384 waarin de Hoge Raad hetzelfde overwoog ten raadkamerbehandeling.

3 Pb 1983, 84.

4 HR NJ 1997, 535.

5 Vgl. HR NJ 1994, 266; HR 19 april 2005, LJN AT4110.

6 HR 29 januari 1991, DD 91.168 en 169.

7 HR 10 juli 2001, LJN AB3325.

8 HR NJ 2003, 315; HR 26 februari 2002, LJN AD8722.